"R A , C A CONTRA GCBA SOBRE APELACIÓN – AMPARO- EDUCACIÓN - VACANTE"
A767725-2016/1

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 09 de mayo 2017.

VISTOS; Y CONSIDERANDO:

1. Que, a fs. 48/56 vta., el Sr. juez de grado concedió la medida cautelar requerida a fs. 4/4 vta. y, en consecuencia, ordenó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) "... *que garanti*[zase] *una vacante al niño T.A.R.R., en un JARDÍN MATERNAL, JARDÍN DE INFANTES O ESCUELA INFANTIL, sala de dos ya sea jornada completa o media jornada, turno mañana, asegurando que se encuentre a un máximo de diez cuadras del domicilio sito en la , de esta Ciudad o, en su defecto, en las instituciones que encontrándose a más de diez cuadras fueron seleccionadas por la parte actora en la preinscripción N°11.130.239...*" (confr. Fs. 56).

Para así decidir, entendió que se encontraba acreditado, *prima facie*, la verosimilitud del derecho invocado ya que "... *de las constancias de la causa y de lo manifestado por el GCBA a fs. 32/37, se desprende no solo que no le ha sido otorgada ninguna vacante a T.A.R.R. de las seis (6) opciones que la actora habría elegido (cfme. Fs. 7, 11 y 17/18) sino que a su vez se la deja supeditada a la espera de que, a lo largo del ciclo lectivo, se produzca*[n] *'eventualmente' nuevas vacantes...*" (confr. fs. 55).

Por último, consideró configurado el peligro en la demora -atento que el ciclo lectivo ya habría comenzado-, e indicó que no existía una afectación del interés público con la concesión de la medida cautelar.

2. Que, contra lo decidido, el GCBA interpuso recurso de apelación (v. fs. 64/69).

En primer término, el recurrente objetó el pronunciamiento por cuanto el Sr. juez de grado habría dictado una medida cautelar de carácter "autosatisfactiva", proceder que –a su juicio– sería conculcatorio de su derecho de defensa en juicio (v. fs. 64 vta.).

Asimismo, expuso que no se configuraban los recaudos exigidos para la procedencia de la medida precautoria solicitada. En ese sentido, detalló que se había seguido el orden de prioridades establecido por la normativa vigente y que ello no configuraba quebrantamiento alguno por cuanto se había seleccionado una institución altamente demandada y porque existían otros educandos con preferencia de acceso (v. fs. 66).

Explicó que no podía hablarse de peligro en la demora puesto que el propio sistema de asignación de vacantes preveía una solución para la circunstancia en la que se hallaría el hijo de la amparista (v. fs. 67).

Cuestionó, luego, que: **a)** cumplir con la medida adoptada implicaría violar el régimen establecido para la asignación de vacantes lesionando el derecho de otros miembros de la comunidad (v. fs. 68); y, **b)** el *a quo* invadiese competencias propias de la Administración (v. fs. 68 vta.).

2.1. Que corrido el traslado de rigor (v. fs. 71), la parte actora guardó silencio.

2.2. A fs. 78/81 vta., el Sr. Asesor tutelar contestó la vista conferida (v. fs. 77), a cuyos términos nos remitimos en honor a la brevedad.

3. Que en cuanto a los requisitos para la concesión de medidas como la peticionada, en el artículo 14 de la Ley 2145 se exige que el derecho alegado resulte verosímil como así también que exista peligro en la demora. A estos requisitos, en la norma señalada se añade la ponderación del interés público comprometido y la contracautela.

En lo que respecta al primer recaudo, esto es, la verosimilitud en el derecho, ha dicho reiteradamente el Alto Tribunal que su configuración no exige un examen de certeza del derecho invocado sino tan sólo de su apariencia (Fallos: 330:5226, por todos). Es más, el juicio de certeza contradice la propia naturaleza del instituto cautelar que se desenvuelve en el plano de lo hipotético.

Con relación al peligro en la demora, esta sala entendió que el examen de su concurrencia requiere una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer si las secuelas que se pudieran llegar a producir durante el transcurso del proceso producen un efecto en mayor medida nocivo que su resguardo (esta sala, *in re* "Gamondes, María Rosa", EXP 28840/1, del 13/06/08, entre otros). Estos aspectos deben ponderarse sobre bases concretas con la proyección que el reconocimiento cautelar tiene en el interés colectivo.

4. Que reseñado como quedó el asunto, en primer término, cabe considerar el argumento relativo a la naturaleza de la cautelar dictada. Según el apelante, se trataría de una medida "autosatisfactiva" y, a tenor de ello, la decisión del Sr. juez de grado resultaría lesiva del derecho de defensa.

Sobre este punto, el recurrente confunde las denominadas medidas autosatisfactivas, las que, según caracterizaciones doctrinarias y jurisprudenciales, extinguen el objeto del proceso con su concesión, con las innovativas, las cuales se encuentran expresamente previstas en el artículo 177 del CCAyT, al disponer que *"... [l]as medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo..."* (el subrayado es del tribunal).

En estos términos, es propio de las medidas positivas constituir un anticipo de jurisdicción que, si bien altera una situación de hecho existente, no agota, como sucede con las "autosatisfactivas", el objeto del pleito.

De este modo, la medida cautelar decretada por el magistrado de la instancia anterior, al disponer la asignación de una vacante escolar en las condiciones en las que lo hizo, se advierte como una manda innovativa, que no extingue con su dictado los términos del proceso.

5. Que, ahora bien, en lo que atañe al examen que es propio de una medida de esta naturaleza, cabe señalar que en el Título Segundo -Políticas Especiales-, Capítulo Tercero -Educación-, artículo 24, de la Constitución de la Ciudad se dispone, en su parte respectiva, que "[l]*a Ciudad asume la responsabilidad indelegable de asegurar y financiar la educación pública, estatal laica y gratuita en todos los niveles y modalidades, a partir de los cuarenta y cinco días de vida hasta el nivel superior, con carácter obligatorio desde el*

preescolar hasta completar diez años de escolaridad, o el período mayor que la legislación determine" (el subrayado es del tribunal).

Asimismo, es preciso recordar que, a nivel nacional, se establece que la obligatoriedad escolar en todo el país se extiende desde la edad de 4 (cuatro) años hasta la finalización de la educación secundaria (conf. art. 16, Ley 26206 -Ley Nacional de Educación, modificada por art. 2° Ley 27045-). En similares términos, en esta jurisdicción, se ha regulado que *"... [l]a obligatoriedad* [de la educación] *comienza desde los cinco (5) años de edad y se extiende como mínimo hasta completar los trece (13) años de escolaridad"* (conf. art. 1°, Ley 898).

A partir de la reseña efectuada, en este estado liminar del proceso, cabe inferir que el Estado local habría asumido, en forma indelegable, la responsabilidad de asegurar y financiar la educación pública a partir de los 45 (cuarenta y cinco) días de vida y hasta el nivel superior. Sobre estas bases, corresponde recordar que según la inveterada línea jurisprudencial del Alto Tribunal la primera regla de interpretación es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley, cuyas palabras deben ser comprendidas en el sentido más obvio del entendimiento común, sin que quepa que por la labor hermenéutica se neutralicen sus alcances (Fallos: 321:1614, entre otros).

En otros términos, el deber constitucional del GCBA consistiría en garantizar, con los medios de que disponga, el derecho que la Constitución reconoce a partir de esa edad.

Tal conclusión, realizada con el grado de provisoriedad propio de las medidas de esta naturaleza, no significa que la cláusula constitucional no se encuentre sujeta a una razonable reglamentación, pero ella no podría conducir a sustraer de todo contenido al mandato del constituyente.

6. Que, en este contexto, cabe abordar los agravios vertidos por el demandado en cuanto a la configuración de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares.

6.1. En primer lugar, cabe señalar que la argumentación desarrollada por la parte demandada en orden a cuestionar la presencia de verosimilitud, no conmueve los elementos tenidos en consideración por el Sr. juez de primera instancia. Es que si bien el apelante expuso que actuó de acuerdo a la normativa vigente que regula la materia, cierto es que, no se advertiría de qué modo tal circunstancia puede operar como argumento en orden a decidir la improcedencia de la medida cuestionada. Máxime cuando, el sentenciante de grado no ha pasado por alto las prioridades que, reglamentariamente, debían tenerse en cuenta a los efectos de asignar vacantes (ver considerando III.1. del mentado fallo dedicado al análisis de la Resolución 3337-MEGC/2013, y sus modificatorios –Resoluciones 3547-MEGC/2014 y 3571-MEGC/2015–, respecto al sistema de prioridades para los ingresos a los establecimientos educativos).

En resumidas cuentas, el fundamento del demandado no altera el examen que el magistrado ha hecho del recaudo referido a la verosimilitud del derecho, puesto que, mientras el GCBA no desconoce el derecho que le asistiría al niño de acceder a la educación en los términos del artículo 24 de la CCABA, por el otro lado, la normativa aplicable y el orden de prioridades allí establecido no han sido omitidos por la sentencia apelada, sino, por el contrario, expresamente contemplados.

6.2. Por último, en lo que respecta a los restantes argumentos desarrollados por la parte demandada, corresponde señalar que su crítica con relación a la presencia del peligro en la demora aparece como meramente dogmática y desvinculada de las constancias de la causa; en efecto, la circunstancia de que la Resolución 4776/06 previese un mecanismo para atender la situación de aquellos niños que no hubieren obtenido una vacante en el establecimiento elegido (v. art. 28, incs. 6° y 7°), no resulta más que una invocación cuyo acontecer no se acreditaría en autos (esto es, comenzado el período lectivo, al hijo de la actora no se le habría asignado ni ofrecido otra vacante que la que se habría asegurado con la medida cautelar), por lo tanto, no resultaría suficiente para conjurar el peligro en la demora.

Adviértase, en este sentido, que alegar el funcionamiento de este mecanismo es contradictorio, en principio y en el acotado marco de conocimiento que permite este incidente, con postular que el GCBA ha cumplido con la normativa vigente por cuanto el menor se encontraría en "lista de espera". Es decir, si la cobertura de todas las vacantes permite, a quienes no han obtenido ninguna, su ubicación en otro establecimiento, la incorporación a una "lista de espera" no parece asegurar el acceso a la escolarización.

En suma, por todo ello, corresponde rechazar el recurso deducido por el GCBA.

7. Que, por lo demás, el argumento relativo a la zona de reserva de la Administración no puede prosperar por cuanto el recurso se apoya en circunstancias dogmáticas que no logran comprobar el agravio constitucional invocado (esta sala, *in re* "H ", del 09/03/12, entre muchos otros).

En mérito a lo expuesto, el tribunal **RESUELVE:** rechazar el recurso de apelación incoado por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar la decisión de grado. Sin especial imposición de costas, atento la inexistencia de controversia.

Regístrese, notifíquese a las partes por secretaría y al Sr. asesor tutelar ante la Cámara en su despacho. Oportunamente, devuélvase.

Dr. Esteban Centanaro
Juez de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Dra. Fabiana H. Schafrik de Núñez
Jueza de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Dr. Fernando E. Juan Lima
Juez de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires